33

562 Infor.on 34

✠

SEGVNDO PAPEL,

POR

DON IACINTO PEREIRA de Castro.

CON

Don Francisco Pereira de Castro,

SOBRE

La Tenuta del Vinculo, y Mayorazgo que fundaron Pedro Vazquez Pereira de Castro, y Grimonesa Pereira Saarez de Deza su muger.



AVNQVE el papel de los contrarios, que se ha comunicado a esta parte, no necessita de respuesta, la cautela con que litiga don Francisco obliga a escriuir, pues se sabe que lo ha hecho con mayor aprieto, y que la informacion que dio fue cautelosa, por ver la desta parte, que ni auia escrito, ni trataua de hazerlo, con que para escusar los apremios del Procurador, fue necessario en dos dias dar a la estampa aquellos pliegos, en que se ajustò el hecho, de modo que no aurà que contradiga don Francisco: y assi solo se proseguirà aqui breuemente en las razones que essisten a esta parte, para que obtenga en su pretension llana, conforme a la clausula que dize assi:

Primeramente queremos, y es nuestra voluntad espontanea, que todos los dichos bienes, de que hazemos esta dicha donacion, y mejora, Num. 1.

pura

pura, è irreuocable de tercio y quinto, y vinculo, por via de mayorazgo, como los que vos el dicho nuestro hijo aueis de incorporar adelante, que serà el tercio de todos vuestros bienes, y de vuestra muger, sean todos ellos para siempre jamas inageñables, impartibles, è indiuisibles, y los ayais, gozeis, y sean vuestros propios por los dias de vuestra vida, y despues dellos vengan, y suceda en ellos vuestro hijo mayor legitimo, y de legitimo matrimonio, varon, si lo tuuieredes; y à falta de varon suceda hembra, que sea assimismo legitima, prefiriendo siempre el varon à la hembra, aunque ella sea mayor en dias: Y si acaso vos el dicho Iuan Pereira de Castro nuestro hijo, no tuuieredes, ni dexarede hijos legitimos de legitimo matrimonio, queremos, y es nuestra voluntad, que à falta de vuestra sucession suceda en el dicho vinculo, y mayorazgo nuestro hijo Manuel Pereira de Castro, aunque sea Clerigo, no mas de por los dias de su vida, y esto como vos ayais fallecido; y si el dicho Manuel Pereira de Castro fuere casado, suceda en la forma quel vos el dicho Iuan Pereira, y lo mismo sus hijos, y descendientes: Y si fuere tal Clerigo el dicho Manuel Pereira, como se fallezca, suceda en este dicho vinculo, y mayorazgo Luis Pereira de Castro nuestro hijo mayor, vezino de la villa de Vigo: y tambien sucederà el dicho Luis Pereira, aunque el dicho Manuel Pereira sea casado, no dexando hijo legitimo alguno que herede; y muerto el dicho Luis Pereyra, sucederà su hijo segundo, por nombre don Pedro: y tras este Luis, y Manuel sus hermanos, vno en pos de otro por su antiguedad: Y luego como se fallezca el postrero sucessor destos llamados, vẽga el dicho vinculo, y mayorazgo, y suceda en el don Pedro, hijo segundo de Gregorio de Aualle y Castro, y de Maria de Castro nuestra hija. Y despues del dicho don Pedro de Aualle suceda el hijo segundo que fuere viuo, o el tercero, y quarto que lo sea de Esteuan Perez de Zeta y Aldao, y de doña Pascua Pereira nuestra hija, y su muger, y a los hijos, y herederos legitimos de este postrero, en la forma referida, prefiriendo siempre el varon a la hembra, y el mayor en dias al menor en ellos. Y aqui no hazemos mencion, ni llamamos a los hijos mayores de los dichos Luis Pereira, Gregorio de Aualle, y Esteuan Perez, porque estos ya tienen vinculo, y mayorazgo cada vno dellos: y si caso (que Dios no permita) faltare sucession legitima de los atras dichos, y nombrados, queremos, y es nuestra voluntad suceda en el dicho vinculo, y mayorazgo vn pariente varon mas llegado à mi el dicho Pedro Vazquez en consanguinidad.

Num. 3. Viuiendo los fundadores murio Iuan Pereira, primer llamado, sin dexar sucession: El primero que posseyó fue Ma-

nuel Pereira, y en vida de este murio Luis su hermano mayor, y llamado en tercer lugar, y sus tres hijos expressamente llamados despues dél, sin dexar descendientes: a Manuel sucedio su hijo D. Pedro posseedor segundo deste vinculo, y murio, sin dexar sucessión, y esta vacante dà causa al litigio: y hallandose incapaz del D. Pedro de Aualle llamado expressamente despues de los tres hijos de Luis Pereira, por ser Clerigo Presbytero, y como tal excluido en la fundacion, y que asi no litiga: entra sin disputa el llamamiento, y llega el caso del hijo segundo, tercero, ó quarto de Doña Pascua Pereira, y como tal D. Iacinto Pereyra, a quien defiẽdo, por ser el hijo tercero, aunque por auer muerto el segundo, se halla en este lugar, en que no se duda, y lo tiene prouado; con que entra fundando de derecho en llamamiento expresso de la clausula, que es la ley por donde se ha de regular.

Don Francisco que se le opone, dize, que tambien està llamado, y con antelacion: y como quiera que el que se funda en llamamiento, le ha de mostrar con euidencia, como prueua Marian. Socin. alegando a muchos, consil. 111. num. 27. libr. 1. & consil. 176. num. 8. libr. 2. D. Molin. lib. 1. de Hisp. primog. cap. 4. num. 5. Horat. Barbat. in propugnac. verit. capit. 1. num. 14. Veamos por donde quiere entrar D. Francisco a ser llamado, quando no lo està expressamente por su persona, ni de modo que la comprehẽda, ni tampoco por la persona de su padre, en que no se puede ayudar de la disposiciõ legal, pues en lo mas no le assiste, y en todo la resiste la volũtad de los fundadores: Y ni en lo vno, ni en lo otro se puede induçir algo tacito en su fauor por conjeturas, pues todas estân contra él: con que siendo solos estos tres medios los que ay para mostrar D. Francisco su llamamiento, y no concurriendo alguno, como se verà, quedarà excluido a sufficienti partium enumeratione, quod validissimum est in iure arg. l. patre furioso 8. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris, cum vulg. Num. 5.

EX-

Exclusion de D. Francisco por su persona, y de poderse incluir, respecto de ella, y de sus hermanos.

Num. 4. EL contexto de la clausula està manifestando bien claramente que los fundadores no llaman a Don Francisco por su persona, pues en el lugar que era consiguiente el llamarle, solo se estendieron a tres substituciones expressas en sus tres hermanos antecedentes, llamandolos limitada, y restrictamente por sus nombres: y cortando aqui los llamamientos, passaron a otra linea diferente, con que no solo no llamaron a D. Francisco, ni a los demas de sus hermanos, sino que no quisieron que sucediessen con no expressados en el llamamiento, pues el fundador velle non videtur, quod non expressit Molin. de riptu nuptiar. lib. 3. q. 24. n. 257. *Quoniam cum facile fuisset testatori qualitatem declarare, & non fecit noluisse facere credendum est*, Dom. Larrr. Decis. Granat. 67. n. 7.

Num. 5. Y no porque llamassen a los tres hermanos antecedentes, se entiende auer llamado a D. Francisco que los seguia, porque no se admite extension de vna persona a otra, aunque aya la misma razon, y la causa sea fauorable, text. in l. si quis ita 16. § si quis cum ignoraret, ff. de testament. tutel. & ibi Aretin. num. 18. & Paul. de Castr. in eadem l. §. instituens, Decius in l. illam, C. de collat. n. 11. & in consil. 211. & 287. & 344. & 377. Cephal. consil. 394. num. 17. Peregr. de fideicommiss. articul. 29. num. 32. in fin. & num. 33. ibi: *Non tamen per identitatem rationis fit extensio de persona ad personam, etiam quod agatur de sustinendo testamēto, sicuti præsupponitur, & probatur in l. Gall. per totam, ff. de lib. & posth.*

Nnm. 6. Lo qual procede, no solo donde ay la mesma razon, pero adonde se puede considerar mayor en la persona omitida, y que concurra para ello la voluntad presumpta de los fundadores, D. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 4. num. 4. Mier. de maiorat. part. 2. quæst. 5. num. 87. & part. 4. quæst. 29. num. 12. Y con muchos los Adicionadores al señor Molin. in dict. nu. 4. ¶ Pues quanto menos en nuestro caso, donde ni ay la mesma razon, y la presumpta voluntad de los fundadores es contraria,

Num. 7. Que no aya la mesma razon, se comprueua, de que haziēdose esta fundacion (como consta de toda ella) para los hijos

se-

segundos, porque el primero tenia mayorazgo, cō quien prócurauan escusar que concurriesse este, queriendo proueer à los demas descendientes, quanto mas se dilatassen en los llamamientos de los hijos de Luis Pereyra, que era el hijo mayor, mas a riesgo estauan de encontrarse con su mayorazgo, y de no proueer a los demas nietos de otros hijos: y respecto de esto, para cada vno de los hijos de Luis Pereira que se añadian en el llamamiento, auia menor razon: Y mucho menos se puede dezir que concurre la voluntad presumpta, para q̃ se estienda a D. Francisco el llamamiento de sus hermanos, antes se manifiesta clara, y euidentemente lo contrario en la causa final de los fundadores.

Y para que no se dé extension de vn hermano llamado, a otro que no lo fue, aunque recaiga en su lugar, es muy en terminos el consejo de Menoch. 220. lib. 3. dō de disputandose en el llamamiento de vn primogenito, a quien se le dio substituto si el moria sin sucessión: auiendo llegado el caso, pretendio su hermano segundō, que ya se hallaua en primer lugar, a imitacion de otras muchas substituciones del mesmo fundador, excluir al substituto: Y resuelue Menochio cō muchos fundamētos, q̃ el substituto ha de suceder, y de ninguna manera el hermano segundo, aũq̃ ya se hallaua en el lugar del hijo primogenito que fue instituido: porque la volũtad del fundador no se estendio al otro, y fue visto no querer que sucediesse: assi lo determina por todo el consejo, y vna de las razones principales con que concluye en el num. 128. es, que no se dà extension de persona a persona, ibi: *Ex quo sequitur quod substitutio facta de illo primogenito, extendi non potest, nec debet, ad hunc secundo genitum, cum recepta sit Doctorum sentẽtia, substitutionem fideicommissariam non extendi de persona ad personam, vt dixi supra, & in specie ita respondi in consil. 97. num. 91.* Num. 8.

Y en nuestro caso sucede lo mesmo, porque aunque se llamò al hijo segundo, tercero, y quarto de Luis Pereira, a falta destos se llamò a otro hijo de Doña Maria Pereira, y a falta dél a otro de Doña Pascua, con que no puede incluirse el hijo quinto de Luis, que es D. Francisco que litiga cō tra D. Iacinto hijo de Doña Pascua, que llegō el caso de su llamamiento, por la incapacidad del hijo de Doña Maria, y auer faltado los llamamados antecedentes hijos segundo, Num. 9.

tercero, y quarto de Luis, y si quisieran los fundadores que sucediera el quinto, lo expressaran, y substituyeran, como dize Menoch. repetidamente vbi supr. num. 64. ibi: *Quod scilicet, si voluisset testator in hac substitutione vocare etiam secundo genitum, id expressisset sicuti expressit in alia substitutione.*

Num. 10. Luego aunque aya venido a ser D. Francisco, por muerte de sus tres hermanos, el segundo hijo de Luis Pereira, a quien llamaron los fundadores, no puede suceder, ni excluir los substitutos, como en el caso de Menoquio no los excluyó el hijo segundo no llamado, que auia ya entrado en lugar del primero que fue instituido. Y en nuestro caso es mucho mas apretado, porque fueron llamados por sus nombres el hijo segundo, tercero, y quarto de Luis: demanera, que aunque don Francisco, que es el quinto, aya quedado en segundo lugar, por muerte de los tres, nunca podrá ser el hijo segundo, por nombre don Pedro, a quien llamaron los fundadores, ibi: *Y muerto el dicho Luis Pereira, sucederà su hijo segundo, por nombre don Pedro, y tras este Luis, y Manuel sus hermanos, vno en pos de otro*, que son repetidas restricciones, añadiendo a la calidad del segundo el nõbre: Socin. Senior in l. Gallus, §. instituens, n. 5. ff. de liber. & posth. & Iason ibidem nu. 23. Menoch. cons. 515. à num. 51. lib. 3. ibi: *Hoc fortius procedere, vbi restrictio geminata fuit, vt in præsenti specie*, & lib. 4. cons. 515. num. 21. Rimin. Iunior, cons. 786. num. 4. lib. 7.

Num. 11. Y finalmente, querer dezir, que por estar llamados los otros hermanos, y ser consecutiuo a ellos don Francisco, que no està llamado, ha de suceder en el vinculo, y mayorazgo: nunca puede tener lugar, pues cada hermano constituye su linea diferente, y no puede en la de cada vno estar el otro, vt ex Socino, Decio, Ruin. & alijs Ioannes Gutierrez, cons. 13. num. 12. ibi: *Sed certum est de iure, quod quilibet fratrum constituit propriam lineam, & alter de alterius linea non dicitur*: Pelaez à Mieres de maiorat. 2. part. quæst. 7. num. 13. idem Gutierr. canonicarum quæst. lib. 2. cap. 14. num. 55. Y assi por linea del hermano no puede suceder; y mucho menos no siendo el vltimo sucessor ninguno de los hermanos, ni auiendo sucedido alguno dellos, con que no se puede dezir que ay linea, porque la que se considera para suceder, es del vltimo posseedor, Castillo cum pluribus, cap. 93. §. 13. lib. 5. Y queda don Fran-

cis-

cisco excluido por su persona, y porque no se dà extension de vna a otra, sin que le aprouecha el ser inmediato a sus hermanos, que fueron llamados, antes haze mas clara su exclusion, como se verá de la siguiente.

Exclusion de don Francisco en el llamamiento de su padre.

AQui me parece haze don Francisco mas esfuerço, diziendo, que sus abuelos, que fueron los fundadores, llamaron a su hijo Luis Pereira, como el mayor de todos, y que en el quedaron comprehendidos los nietos por la naturaleza de los mayorazgos: y que constituyò linea para todos sus descendientes, que le estàn representando; y que siendo don Francisco hijo de Luis, se halla con llamamiento, por lo menos legal. Y comprobaràn esto con la l. 2. tit. 15. part. 2. l. 40. de Toro, y sus declaratorias, y las dotrinas ordinarias, q̃ son bien notorias, y ciertas en sus casos, pero no en el nuestro, como se procurara ajustar con los fundamentos siguientes, que creo son los legitimos deste pleyto. Num. 12.

Lo primero, porque la voluntad del fundador es la regla, y ley natural de la sucession, l. in conditionibus 19. ff. de condit. & demonstrat. cum similibus, y estando esta declarada por don Iacinto, se prefiere a la orden, y sucession legal, de q̃ se pretende valer dõ Francisco, l. cũ ita, §. in fideicommisso, ff. de leg. 2. ibi: *Nisi testator ad vlteriores voluntatem suam extenderit*, l. ad probationem 21. ibi: *Quem tenor scripture demonstrat*, & in Authent. de restitutione fideicommiss. ibi: *Vnde subtilius testamentum considerantes, verbis ipsis inuenimus heredibus demonstratis, &c.* & iterum, *non qui à lege, sed, qui à testatore anteponitur praeferendus est*, & in l. 40. Tauri, ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta, por el que primeramente instituyò el mayorazgo.* Cephal. cons. 251. num. 20. & 21. lib. 2. ibi: *Tenorem inuestiturae potius esse inspiciendum quam naturam feudi*, Peregrinus lib. 1. cons. 39. num. 28. dize muy a proposito: *Nam constat testatorem, in hoc suo mayoratu certum, & determinatũ, cõstituisse ordinem succedendi adeò, vt ad legis interpretacionem recurrere non sit opus.* Num. 13.

Los fundadores quisieron hazer vna disposicion irregular, y extraordinaria, por lo menos en ciertas personas, y ciertos grados, y dexando el hijo primogenito, y su linea, que es lo regu- Num. 14.

regular, fundaron en el hijo segundo, con q̃ preuirtieron el orden de la l. tit. 15. part. 2. pero la fundacion del hijo segundo la dexaron regular, llamandole a el, y a sus hijos: y descendiẽtes: y despues dellos llamaron al hijo tercero con la misma regularidad, y expressiõ de hijos, y descẽdientes, y despues dellos boluierõ a quebrãtar lo regular: pues siẽdo la naturaleza delos mayorazgos, y de sus fundaciones el ir descẽdiẽdo, y no boluer a lo superior, y postergado, quisieron no dexar totalmente extinta, y obscura la memoria de su hijo mayor, y de muchos nietos que teniã del: y assi boluieron a llamar, despues de los llamados, pero no regularmente como a ellos, sino con particulares substituciones, expressas entre sus hijos, diferente en todo de los llamamientos primeros. De que se sigue, que los de Luis, hijo mayor, y de los hijos del, son irregulares, y extraordinarios, y assi no pueden ayudarse de las reglas comunes, y ordinarias de los mayorazgos, y se hallarán mas facilmente excluidas, discurriendo por ellas, reconociendose mas clara la voluntad de los fundadores.

Num. 15. En el llamamiento de Luis Pereira de ninguna manera quedaron compreendidos sus hijos, y descendientes, porque fue personal, y se comprueua, porq̃ luego se le dio substituto irregular, que fue su hijo segundo, con que quedó limitada, y restricta la persona, pues para que por la orden de primogenitura quisiera que se deriuara a sus hijos, y descendientes, auia de substituir al primogenito, vt in l. 11. tit. 7. libr. 5. Recopil. ibi: *Que finquen al su hijo mayor legitimo.* Y entonces es quando por la naturaleza del mayorazgo se entiẽden llamados los demas descendientes, como dize Palac. Rubios in repet. rubric. de donat. inter virum, & vxorem, §. 69. num. 21.

Num. 16. Lo qual entiende, y limita con el magisterio que siempre el señor Molin. lib. 1. cap. 5. num. 22. ibi: *Idem est ac si dixisset:* que finquen a sus hijos mayores legitimos *in infinitum, quod dixit ex Hispanorum primogeniorum natura prouenire: idque verissimum est si verbum hoc primogenitus indefinite pronuncietur, neque ad certum filium referatur.* Pero en nuestro caso no se substituyó al primogenito, ni al segundo indefinitamente, sino con relacion a ciertas, y determinadas substituciones de hijos, con que por lo regular no se pueden compreender los siguiẽ-

tes,y mas quando no se trata de ofender la perpetuidad del mayorazgo,como se dirà despues,y lo mesmo que el señor Molin.tienen,alter Molin.de iustit.tom.3.disput.590.Menoch.consil.1195.num.19.el señor Valenz. consi.50. à numer.12.

Bien claro se vè que no quisieron los fundadores en el llamamiento de su hijo mayor comprehender sus nietos hijos del,pues proueyeron, y llamaron de diferente manera à los hijos,y descendientes de los otros llamados que a los de Luis,de que es texto expresso en proprios terminos,que saca de duda la questiõ la l.liberorum 220.ff.de verbor.signif. en aquellas palabras: *Totiens enim leges necessarium ducunt cognationum singularum nominibus uti, veluti filij,nepotis, & pronepotis cæterorumve, qui ex his descendunt: quotiens non omnibus, qui post eos sunt præstitum voluerint,sed solis his succurreret,quos nominatim enumerent; At ubi non personis certis,non quibusdam gradibus præstatur,sed omnibus qui de eodem genere orti sunt,liberorum appellatione comprehenduntur*,ff. de verb.sign. Num.17.

Calistrato Iurisconsulto,y no de inferior nota que fue el autor de esta ley,parece que dispuso tambien la clausula de los fundadores,ò que esta se hizo por ella, pues las clausulas son equiparadas en todo.Los fundadores que quisierõ en primer lugar llamar toda la descendencia de Iuan, y Manuel, vsaron de los nombres que comprehendian estas cognaciones singulares, como fue expressar hijos, y descendientes;y asi el Consulto declarando las leyes,dize:*Totiens enim leges necessarium ducunt cognationum singularum nominibus uti, veluti filij nepotis,& pronepotis cæterorũve qui ex his descendunt*. Y asi quedan comprehendidos todos,y se ajusta la primera distincion de la ley,y de la clausula. Num.18.

Despues quando quisieron los fundadores llamar solo a Luis su hijo mayor,y no a todos sus hijos, y descendientes,sino algunos,le llamaron, y sostituyeron luego por sus nombres particulares a tres de sus hijos,a quiẽ quisieron, socorrer solamente nombrandolos,y contandolos,como lo dize el Consulto:*Quotiens non omnibus,qui post eos sunt præstitum voluerint,sed solis his sucurreret,quos nominatim enumerent*. Y asi quedan excluidos los demas,y se ajusta la segunda parte de la ley,y la clausula. Num.19.

Num.20. En lo vltimo de los llamamientos particulares que quisieron los fundadores llamar los hijos, y los descendientes de Doña Pascua Pereira, lo expressaron con la misma claridad, sin darles nõbre cierto, sino q̃ omitiendo al mayor, dixeron: *Suceda el hijo segundo que fuere vivo, ò el tercero, ò quarto de Esteuã Perez de Zeta y Aldao, y de D. Pascua Pereira nuestra hija, y su muger: Y a los hijos, y herederos de este postrero, en la forma referida.* Con que boluieron a repetir llamamiento semejante a los de Iuan, y Manuel, y sus hijos, y assi concluye Calistrato: *At vbi non personis certis, non quibusdam gradibus præstitum, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt liberorum appellatione comprehenduntur.* Y assi quedan comprehendidos los hijos, y descendientes de Doña Pascua, menos el mayor que oy es D. Antonio, y D. Iacinto, que es el tercero, aunque oy se halla en lugar de segundo, por auer muerto el que lo era, como està probado, y se ajusta la tercera parte de la clausula, y de la ley a toda ella.

Num.21. De esta decision de Calistrato deducen generalmente los DD. muy en terminos de nuestro caso, que siempre que se llamò discretiuamente a los hijos solos, y en otro llamamiento se expressaron hijos, y descendientes, no se comprehenden los demas en el primero llamamiento, Bart. in d. l. liberorum, num. 4. ibi. *Primò casu cum loquitur distinctè, seu discretiuè volens, discernere eos quos nominat ab inferioribus, & tunc sequentes non intelliguntur, si verò loquitur indefinite, tunc vlteriores continentur*; siguen a Bartul. Ruin. conf. 131. num. 4. vol. 2. & cum multis Socin. Iun. consil. 128. nu. 71. vol. 1. Gabr. communium opin. lib. 6. tit. de verb. signif. concl. 1. num. 93. Simon de Pret. de coniect. vltim. volunt. lib. 3. interpr. 3. dubio 4. solut. 1. n. 43.

Num.22. Y con los Autores referidos, y con otros Pedro Surdo en el Consejo 403. lib. 3. que es el capital, para que auiendo hecho el abuelo diferente llamamiento en los hijos, y en los nietos, no se comprehenden estos en la persona del padre: y assi concluye en el num. 22. *Cum itaque de nepotibus facta fuerit aliquando specialis mentio præcipuè in filiorum defectu, non potest dici, quod vocando filium, intellexerint de nepotibus.*

Num.23. Y Sese en las decisiones de Aragon, decis. 64. num. 112. dize: *Pro coronide facit hæc ratio, quia quando disponens discretiuè de fi-*

filiis, & de nepotibus tractauit, tunc filiorum nomine non veniũt nepotes, quia cum voluit intelligere de nepotibus illud expressit; vnde quando de eis non dixit, sed de filijs, non debemus interpretare; quod intellexerit de nepotibus.

Conuencese mas, que no quisieron los fundadores comprehender todos sus nietos hijos de Luis en el llamamiento de este; en q̃ dispusieron particularmẽte de los hijos, y donde se hizo prouision particular para ellos; no pueden comprehenderse en el llamamiento del padre por la disposicion comun: texto expresso in l. cohæredi 41. §. qui patrem, ff. de vulgari, & pupil. subst. en aquella causal, que es la razon de dezir: *Propter specialẽ inter patrem, & filiũ substitutionẽ*, l. alimenta, §. basilicæ, de aliment. leg. l. doli, clausul. 119. ff. de verb. oblig. l. sed etsi per prætorem, §. deinde, ff. ex qq. causis maiores, l. siruis vrbanis, §. fin. de leg. 3. l. bouem, §. iumẽtorum, ff. de ędilitio edicto, l. fin. C. de pact. Hypolit. Riminald. cõsil. 346. num. 34. volum. 3. & consil. 544. num. 98. volum. 5. Surd. consil. 349. num. 36. & 37. Honded. consil. 78. num. 21. & 22. D. Larr. decis. Granat. 54. num. 18. ibi: *Quod specialiter prouisum à generali dispositione, videtur exceptum, & generali substitutione con comprehendi illud, de quo est prouisio specialis: pluribus Fusar. de subst. quæst. 550. num. 40.* Num. 24.

Y para que no se entendiessen llamados todos los hijos de Luis Pereira, nombraron los fundadores a cada vno de los tres que llamaron por sus nombres, con que restringierõ los llamamientos a ellos solos: quia per addictionẽ nominis proprij inducitur restrictio dispositionis, cap. quoniam. Abbas, de officio deleg. l. vnica, §. ne autem, versic. sin veró tabis, C. de caducis tollẽdis, l. quæ conditio 39. ibi: *Ad certas notasque personas*, & infra, *at quæ conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referrẽ debemus, ad eum duntaxat gradum, quo hæc personæ institutæ fuerunt*, l. cum ita 94. ibi: *Certa persona demonstratur, ac propterea in personam eius tantum conditio impleri potest*, ff. de condit. & demonstr. l. si communis seruus 37. ibi: *Sed cum ad nomina prius decursũ est, rationabilius esse videtur pro virili partẽ stipulatione eis adquiri*, ff. de stipulat. seruorum. Num. 25.

Y muy en terminos Bart. in l. liberorum 220. ff. de verbor. significat. num. 5. ibi: *Nam tota l. Gallus, si quis eam bene inspiciat, loquitur quando quis instituit filium certum, in quo casu ad alium non por-* Num. 26.

porrigitur sine dubio; vt notaui in l. si quis ita in princip. supra de testam. tut. Y es de notar, que no dixo Bart. q̃ por la institucion del hijo cierto, y nombrado no se estendia a los nietos, sino que no se estendia a otro hijo: Y assi aqui, fuera de los tres nombrados, no se puede estender a mas, por la restriccion de los nombres proprios: vt absque Bartoli memoria, Fretia de subfeudis lib. 3. §. secundum formulam inuestituræ, num. 15. & 16. Simon de Præt. de interpretatione vltim. volunt. lib. 3. interpretat. 65. vers. Quarto procedit, de verborũ sign. Menoch. cons. 304. num. 4. lib. 4. Surd. cons. 403. num. 65. & 66. lib. 3. Casan. cum pluribus, cons. 55. num. 36. ibi: *Nam dispositionis restrictio, ex adiectione nominis proprij, inducitur, quia nomẽ proprium Ioannis, cui succedenti accessoriæ relatio in iungitur, non potest extendi ad alium nomen, vel personam.*

Num. 27. Tan fuera de toda duda dexaron esto los fundadores, que aun no llamaron a los hijos de Luis por nombre apelatiuo, ni colectiuo, idem Casanat. cons. 4. num. 141. ex Decio, Curcio Iunior Capicio, Aymon, & multis alijs dicit: *Tertia dictio restrictiua est, quia non grauabit, sub nomine appellatiuo, seu collectiuo, sed sub nomine proprio.* Los dichos Ramiro, Francisco, y Iuan, *& nomen proprum ad alium, nomen non extenditur.* Y aunque està hablando en materia grauosa, en el mismo consejo dize tambien, que se entienden las restricciones en materia fauorable, vt in num. 134. ibi: *Procedere hæc etiam in materia fauorabili, & extensibili, Bald. in l. fin. C. de postl. hæred. inst. & cons. 262. circa finẽ, lib. 1. Pratis lib. 2. interpret. 3. dubit. 1. solution. 3. num. 153. & interpretat. 4. dub. 2. solut. 2. num. 123.*

Num. 28. Sin que se pueda oponer a esta voluntad clara, y euidente de los fundadores, el que por la naturaleza de los mayorazgos en el llamamiento de hijos se comprehenden los nietos, y los descendientes, como funda el señor Molina lib. 1. cap. 6. num. 28. & 29. Fusar. quæst. 437. num. 114. Y que don Francisco, por ser nieto de los fundadores, hijo de hijo llamado, està tambien comprehendido en el llamamiento de su padre.

Num. 29. A que se responde facilmente, que la causa de admitirse esto en los mayorazgos, es solo para cõseruar la perpetuidad dellos: y assi lo reconoce el señor Molina en el lugar citado: y haziendo en ello su fundamento, concluye assi: *Cum igitur*

na-

natura Hispanorum primogenitorum perpetua sit, consequens est, vt ea interpretatio capienda sit, ex qua perpetuitas ipsa in omnes descendentes conseruetur, non autem ea ex qua statim substitutiones in primo gradu filiorum finiantur.

Con que quando no ay este peligro, y quedandose el mayorazgo en su perpetuidad, y su curso, solo se trata de la prelacion que han de tener en el los llamados, y dar principio a la linea entre los competidores, entonces no se puede inducir algo contra lo regular, y comun, y se ha de estar a la propia significacion de las vozes, y prelacion de los llamamientos, Surd. cons. 403. lib. 3. interpretando al señor Molina, y a otros, dize en el num. 21. *Tamen illi omnes loquuntur ne extinguatur, vel finiatur dispositionis effectus, sicuti extingueretur, & non esset perpetua, si mortuis filijs non admitterentur nepotes: sed in praesenti facto, non agimus de excludendo nepotes, à dispositione, nec de ipsum dispositionē restringendo ad solos filios, sed quaerimus quando inter se concurrant, quis praeferatur, & hoc casu cessant omnes illae coniecturae, quibus DD. aliquando mouentur, quia nihil aliud esset quam omissa veritate, vmbram sectare, & neglecta proprietate vocabuli, ad coniecturas se vertere.* Num. 30.

Lo mesmo sigue Casanate cons. 58. num. 16. ibi: *Nepotes enim numquam etiam ex coniecturis filiorum appellatione veniunt ad exclusionem filiorum, vel vt cum eis in successione concurrant, sed ad hoc tantum, vt nullis filijs existentibus tempore restitutionis fideicommissi, ipsi nepotes succedant, si tamen hoc coniecturae suadeant:* y refiere muchissimos Autores, y con muchos mas que juntô el señor don Iuan Bapt. de Larrea, decis. Granatensi 54. nu. 24. en terminos mas apretados, respondiēdo a esta duda dize: *Vt quoties non agitur de perpetuitate maioratus, sed de praelatione inter descendentes, & lineas tunc filius propriè accipitur, nec ad nepotem extenditur:* Y despues de muchas autoridades, prosigue muy a nuestro proposito: *Et quoties substitutio filiorum refertur ad certam personam, restringitur nec comprehenditur nepos.* Num. 31.

Y sobre todo esto cae el auer mostrado los fundadores su voluntad, con el modo de los llamamientos claros, y distintos, a que se ha de estar, sin que tampoco lo impida la disposicion de la ley cum auus, ff. de condit. & demōstrat. porque demas de no ajustarse en nuestro caso, alli no huuo voluntad contraria del testador, como aqui se halla con la expression Num. 32.

 de

de los llamamientos, en que bastaran conjeturas para declarar la voluntad de los fundadores, Molin. lib. 3. cap. 4. num. 39. ibi: *Illud namque, quod ex legitimis coniecturis elicitur, inducit euidentem voluntatem: Etsi verbis expressum non fuerit*, & in num. 40. *Similiter etiam non solum dicitur voluntas testantis illa, quæ ab eo expressè, atque in indiuiduo profertur, sed etiam illa quæ ex coniecturis resultantibus ex verbis ab eo prolatis comprehenditur*, Magon. decis. Lucensi 83. num. 19. V ela dissertat. 49. n. 52.

Num. 33. La l. cum acutissimi 30. C. de fideicommis. que en lo general amplia la l. cum auus: Yo digo que en nuestro caso la restringe en la razon que dâ, ibi: *Ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere.* Porque no antepuso las estrañas, sino las propias, y las mas necessitadas, pues para la linea del hijo mayor auia vn mayorazgo muy opulento, y assi fue prouidencia, y piedad paterna estenderse â estotras substituciones. Y si se dixere que la hija se haze de agena familia con casarse, solo merece por respuesta lo vulgar de la mayor certidumbre en el nieto de la hija.

Num. 34. La l. generaliter 6. § cum autem, C. de institut. & substit. que tambien ampliô la decission de la l. cum auus, a que se entendiesse en los hijos naturales, la interpretò, y restringiò para nuestro caso, porque dize: *In huiusmodi casu, in quo pater filijs substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita.* Y en nuestro caso, no solo hizieron los fundadores alguna memoria de los hijos de Luis, sino que le llamaron a tres de ellos, con que de ninguna manera puede quedar a la disposicion legal, como mas latamente hemos fundado arriba num. 24.

Num. 35. Tampoco se puede oponer a todo lo que se ha undado, ni â la disposicion, y voluntad clara, y euidente de los fundadores. La clausula que añadieron al fin de los llamamientos de Iuan, y Manuel, y sus hijos, y descendientes, y de Luis, y sus tres hijos, donde dize: *Y luego como se fallezca el postrer sucessor de estos llamados, venga el dicho vinculo, y mayorazgo, y suceda en el, &c.* pues parece que la substitucion la haze â falta de todos los sucessores, y descendientes de los llamados, y que assi estan comprehendidos todos los hijos de Luis Pereira, por estar puestos en condicion, como sucessores de su padre, q̃ fue llamado, y se alegarâ al señor Molina d. lib. 1. c. 6. n. 2.

Pero

Pero se responde muy facil, que la causa de admitir esto en los mayorazgos, es por la que ponderamos arriba de conseruar la perpetuidad de ellos; y assi lo reconoce el señor Molin. en el mismo lugar, donde quiso fundar esta doctrina contra la gloss. fin. in l. Lucius Ticius la segunda, ff. de hæred. inst. que resoluio: *Quod filij positi in conditione numquam censentur vocati per fideicommissum*: Con que no tratandose de la perpetuidad del mayorazgo, y cessando, como en nuestro caso, el miedo de que se dexe de conseruar, cessa la doctrina, y quedamos en la opinion contraria, que es la comun, y verdadera, tanto, que aun sin embargo de la naturaleça del mayorazgo, no se atreuio a apartar de ella el señor Molin. y assi dixo en el num. 3. que se auia de recurrir a las conjeturas, ibi: *Hoc etiam comprobatur ex eo, quod quamuis verior ac communior opinio sit quod filij positi in conditione, vocati nō censeantur (vt superius proposuimus) hæc tamen opinio fallit vbi aliqua coniectura cōcurrit*. Y las conjeturas que ay son todas en contrario, como se verá despues. Num. 36.

Demas de que los fundadores en esta clausula llamaron el postrero sucessor al que vltimo sucediere de los llamados, como si dixeran el vltimo de los llamados, como se vê que vsaron del mesmo verbo luego inmediatamente, donde dizen: *Venga el dicho vinculo, y mayorazgo, y suceda en el, &c.* De manera, que al llamado llaman succesor, y esta fue su mente, como se manifiesta, pues si quisieran en esta palabra llamar a todos los sucessores, y descendientes de Luis Pereira, y sus hijos, mas facil les fuera auerlo dicho, como en los otros dos llamamientos que sabian era el modo cierto de llamar hijos, y descendientes, y no en la palabra confusa, y obscura de *sucessor*, con que no fue visto con ella sola deshazer la obseruacion, y cuidado de las ampliaciones, y limitaciones cō q̄ hizieron los llamamientos: *Neque enim credendū est huiusmodi verbo totam obseruationē testamenti, multis vigilijs excogitatam atque inuentam, velle euerti*, ex l. si quādo 35. C. de inoffic. testam. Num. 37.

Y pudiendose entender la palabra *Sucessor*, natural, y legalmente se ha de entender en el sentido natural, l. fideicommissum 76. ff. de cōdit. & demonstrat. l. ex ea parte 121. §. insulā, ff. de verbor. oblig. l. fin. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt, Castill. de interpretat. vlt. volunt. 1. part. cap. Num. 38

31.num.28. Robl.de repreſentat.lib.3. cap.14.nu.22. Y la palabra *Sucessor* entendieron los fundadores del que verdaderamente huuieſſe ſucedido en el mayorazgo conforme a ſus llamamientos, y tambien en el derecho ſe entiende aſsi, l. ſervus alienus 3. §. ſi quis ita, ff. de hæred. inſt. & ex multis Peregr. de fideicommiſſ. artic. 15. num. 40. & 41. ibi: *Intelligitur de effectuali ſucceſsione*, Caſanat. conſ. 16. n. 3. Fuſar. de ſubſt. q. 339. num. 12. ibi: *Quia ſucceſsionis nomen importat ſucceſſorem bonorum*, & quæſt. 340. num. 8. ibi: *Ideò vocatio de hærede, erit intelligenda de hærede qui cùm effectu adierit hæreditatem*, Caſtill. tom. 5. cap. 96. n. 33. Fontan. deciſ. 166. à num. 6. tom. 1.

Num. 39. Vltimamente lo que ſaca de toda duda eſta clauſula, es, q̃ por general que ſea, no ſe puede referir a lo que particularmente eſtà diſpueſto, y mas auiendo en quien verificarſe, y entenderſe, quando quiſieramos que eſta palabra *Sucessor* aya de ſer de los deſcendientes, pues eſtos eſtaban ya llamados en los dos hijos primeros Iuan, y Manuel, y a ellos ſe ha de referir, dexando la ſoſtitucion de Luis, y de ſus tres hijos en la perſonalidad, y reſtriccion con que los nombraron: textos muy al propoſito, in l. cohæredi 41. vbi in §. 5. ſic ſubdit Papinian. *Qui patrem, & filium pro parte hæredes inſtituerat, & inuicem ſubſtituerat, reliquis cohæredibus datis poſt completum aſſem, ita ſcripſit*, hos omnes inuicem ſubſtituo: *Voluntatis ſit quæſtio commemoratione omnium patrem, & filium ſubſtitutione cohæredum miſcuiſſet, an eam ſcripturam ad cæteros omnes tranſtuliſſet; quod magis veroſimili videtur propter ſpecialem inter patrem, & filium ſubſtitutionem*, ff. de vulg. & pupilar. ſubſt.

Num. 40. La clauſula general pueſta en el fin, no ſe refiere, ni altera à lo eſpecialmente diſpueſto antes, l. doli, clauſ. 19. ff. de verbor. obligat. Bart. conſ. 54. volum. 1. Decian. conſ. 26. n. 62. lib. 2. Caſan. conſ. 4. n. 272. & 285. & 286. *Verſ. item reſpondeo relationem ex clauſula finali, referre ad gradus præcedentes cum eiſdem conditionibus, & qualitatibus, & ita ſingula, prout qualitas requirit, ſingulis referendo Decius conſil. 384. verſ. vltim. Menoch. conſil. 326. num. 75. & lib. 4. præſumpt. 76. n. 89.* Peregrin. de fideicommiſſ. artic. 16. à num. 103. à 107. Fuſar. de ſubſtit. q. 681. num. 7.

Num. 41. Y porque ſe podrà dudar, ſuponiendo que huuieſſe ſucedido qualquiera de los tres hijos de Luis, llamados expreſſa-

men-

mente, dexãdo hijos, si auia de passar a ellos, ò al substituto? y respondiendo que auia de passar a los hijos a arguir para el llamamiento de Luis, pues ni en este, ni en el de sus hijos se llamaron los hijos, y descendientes. ¶ Respondo, que ay mucha diferencia de vnos llamamientos a otros, porque en los de los hijos de Luis no se dixo, ni se proueyó algo de los hijos de ellos, y assi parece que fue dexarlos a la prouidencia del derecho: pero en los hijos de Luis se proueyó, y dispuso expressamente, llamando los fundadores los que quisieron de ellos, con que no lo dexaron a la disposicion legal, Fusarius de subst. quæst. 681. núm. 8. ibi: *Sic etiam dicimus prouisionem specialem, & expressam testatoris facere cessare prouisionem generalem, & tacitam legis, l. cum ex filio, § filio, ff. de vulgat. & pupilar. subst. Odd. consf. 90. n. 12.*

Demâs, de que assi como está la clausula, es lo mas razonable, que los substitutos excluyeran a los hijos por las restricciones con que declararon los fundadores su voluntad, llamãdolos singularmente por sus nombres, y añadiendo aquella limitacion tan apretada, *vno en pos de otro*: y mucho mas que se ponderâra, si aora estuuieramos en este caso; y sin embargo se vea â Peregrin. artic. 21. num. 23. versic. Segundo, donde por los expressamente llamados contra los hijos del que possey ô, dize, que respondieron en vna mesma causa, Dec. consf. 480. Ruin. consf. 115. Parif. consf. 18. y el mesmo Peregrin. en el num. 24. dize: *Indubitanter autem patruos excludere nepotes cum testator expresse, aut relatiuè tribus fratribus institutis post mortem vnius substituisset alios duos, nec meminisset de eorum filijs.* Fusar. de subst. cõ el señor Couarr. y con muchos, q. 359. n. 6. Robles de represent. lib. 3. cap. 14. num. 23. Num. 42.

Tampoco obsta la clausula vltima, con que cierran los fundadores los llamamientos; donde dizen: *Y si caso, que Dios no permita, faltare sucessiòn legitima delos a tras dichos, y nombrados; queremos, y es nuestra voluntad suceda en el dicho vinculo, y mayorazgo vn pariente varon mas allegado a mi el dicho Pedro Vazquez;* Porque demás de que tiene la mesma respuesta, se aduierte, que a falta de los especialmente llamados, han de suceder todos los descendientes, assi los que tuuieren mayorazgos, como el Clerigo, y otros qualesquiera, por ser vinculo de tercio, y quinto, hecho cõforme a la l. 27. de Toro. Y assi el fundador no hizo otra cosa mas de proueer entre los transversa- Num. 43.

 les

les,que le sucediſſe el mas proximo a el, y no al vltimo poſſeedor,con que ſe ha ſatisfecho a todo.

Num. 44. Excluidos tan concluyentemente los hijos de Luis Pereira por la diſpoſicion,y voluntad de los fundadores,ay mui poco que hazer en excluir a D. Franciſco por el medio de la linea, y de la repreſentacion, por donde ſe pretende incluir. Porque ſi la linea no es otra coſa,que vn ayuntamiento ordenado de las perſonas enlazadas vnas de otras, que dependen de una rayz,como dize la l.2.tit.6. part. 4. y Robles de repreſentat.lib.3.cap.4.num.16. Y donde hemos excluido,ya eſta dependencia,y cortado el enlaçamiento para eſta ſuceſſion,moſtrando,que los fundadores quiſieron ſeparadamente llamar a Luis,y no en el a ſus hijos, y que de eſtos llamaron a tres para excluir los demas,diſponiendo por ſu voluntad otra diferente coſa de la que eſtá diſpueſta por derecho, no puede auer linea para eſta ſuceſsion en que ſe incluia Don Franciſco.

Num. 45. Vltra de que la linea que ſe atiende para la ſuceſsion,es ſolo la del vltimo poſſeedor,cap.1.de natura ſuceſsion. feud. Dom. Molin.lib.3.cap.4.n.14.& in alleg.pro ſucceſ. Regn. Portug.a n.133.vbi ſic: *Lineæ namque in qua Regni poſſeſsio ſemel radicata non fuit,numquam aliqua lege conceſſum fuit, hoc prælationis priuilegium.* Y aunque ſe quiere conſiderar otra linea de primogenitura,eſta no tiene autoridad, ni firmeza, y ſolo es imaginaria,como dize el ſeñor Molin.in d.alleg. num. 135. *De qua linea nulla lex meminit*,& num.137. *quod linea hac à primogenito deriuata quantumuis imaginaria*, Giurb.cum plurib. de ſuceſsion.feud.§.2.gloſſ.10.n.21.y ni eſta linea no ſe puede hallar en Luis Pereira,y la que ſolo puede pretender, es la de los tranſverſales,que es muy controuertido ſi la ay,ò no, Afflict.in cap.vnico,§.omnes filij á num. 11. ſi de feud. fuerit controu. Aguirre in reſponſ.pro ſuceſ. Regn. Portug. à nu.114.Ceuall.cum multis,tom.4.q.905.à n.113.

Num. 46. Pero de qualquier modo que ſe figuren eſtas lineas tampoco las ay en Luis Pereira,y ſu deſcendencia,pues para conſtituir alguna,era neceſſario, ô que huuiera ſucedido en el mayorazgo,ô que huuieſſe tenido la primera cauſa en él có derecho cierto,é invariable de ſuceder,porque de otro modo no puede tranſmitir algo en ſus deſcendiétes,ni eſtos tienen

nen que representar algo en el, y desvanecido esto, quedarà excluida la linea. io

Y porque voy excluyendo la representacion, y ay ley del Reyno, que es la prematica del año de 615. recopilada en el lib. 5. tit. 7. l. 14. de la nueua Recop. donde se manda que de ninguna manera se excluya la representacion por cõjeturas, por claras, y euidentes que sean, sino es que el testador la excluyesse expressamente: Para quitar este estoruo en el principio, y dexar que corra el discurso por donde fuere, sin este escrupulo, respondo concluyentemente en vna palabra: Que no trato de excluir la representacion por conjeturas, que es lo que prohibe la ley, sino mostrar que no la ay, ni que representar en Luis Pereira: pues la prohibicion es solo de que no se excluya donde la admite el derecho, pero dõde no la ay, no la constituyò, con que la dificultad será mostrar que no la ay, ni la huuo. Num. 47.

Y prosiguiendo el discurso asiento para el derecho de la representacion lo mesmo que comencè a dezir para la linea: pruebalo con claridad la l. 2. tit. 15. part. 2. que solo admitio el derecho de linea, y de representacion en el hijo, ò descendiente que tuuo derecho de primogenitura firme, è inuariable, y capaz de deribarse de padre a hijo, y lo mesmo la l. 40. de Toro. Assi lo entendieron Gregorio Lopez in l. 32. tit. 9. part. 6. gloss. 3. quæst. 25. ibi: *Quod quis habeat ius certum, quod nec mutari, nec variari possit*, Fortunius Garcia, in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 29. vers. ex quo inferas, ibi: *Neceße est, quod pater, què filius vult repræsentare habuerit, aliquod ius formatum, & certum in vita sua*, el señor Mol. lib. 3. cap. 7. n. 2. & 3. y mas latamente in alleg. Regni Portug. à num. 132. cum sequentibus, Francisc. Aluar. de Riber. in responso pro eadem causa artic. 3. per totum, præcipuè à num. 137. & 138. Aguirre in eadem causa, 2. part. num. 202. Auendaño, in l. 40. Tauri, gloss. 7. à num. 4. & gloss. 14. num. 27. Flores de Mena in addit. ad Gām. decis. 93. Ceuallos lib. 3. commun. conclus. 762. à num. 191. tom. 4. & quæst. 905. à num. 75. & 97. Robles in addit. ad tract. de repræsent. à num. 39. vsque ad 75. Marta de succes. legali, tom. 1. part. 3. quæst. 1. art. 2. per tot. Num. 48.

Todos estos Autores que copiosissimamente tratan la Num. 49.

ma-

materia, requieren que el derecho del padre aya de ser tan cierto, y tan inuariable, como el del hijo primogenito, que luego que nace se le adquiere este derecho, y de ninguna manera le puede perder, sino es con la muerte, y assi le transmite en todos sus descendientes el señor Molina dict. libr. 3. capit. 7. numer. 2. *Non enim concedimus admittendam esse repraesentationem primogeniturae parentis in filio, cuius pater aliquo tempore ius primogeniturae non habuit, ex quo excluserit secundo genitum, & incluserit omnes, illos, qui ex eius linea processerint.* Y mas al proposito, porque excluye deste derecho a los transversales, in dicta alleg. num. 163. ibi: *Descendens nanque respectu parentis vltimi Regni possessoris, habet ius primogeniture inuariabile, & immutabile, vt non possit aliter, quam eius morte, viuo patre contingenti variari: Transversalis autem non potest acquiri ius primogeniturae inuariabile, cum possit citra eius mortem variare, si vltimus possessor liberos procreauerit.*

Num. 50. Luis Pereira no tuuo nunca derecho cierto, ni esperança inuariable, porque murio viuiendo Manuel Pereira su hermano, que tenia por su hijo a don Pedro: luego no tuuo derecho inmediato: y aunque viuiendo el huuiera muerto Manuel su hermano, bastaua que don Pedro, que sucedio, pudiesse procrear hijos, para que fuesse variable, é incierto, como dize el señor Mol. *Si vltimus possessor liberos procreauerit.* Y es celebre para el proposito el cõsejo de Ias. en el lib. 3. cons. 39. in fine, dõde dize, q̃ quando vno es mãcebo, y q̃ puede tener hijos, no es esperança considerable la de su fideicommisso.

Ex quo infertur, que su padre de D. Francisco a quien pre-

Nm. 51. tende representar, no tuuo mientras viuiò derecho alguno a este mayorazgo, y assi ni le pudo transmitir, ni le puede aprouechar la representacion, como concluye el señor Molin. in d. allegat. num. 138. *Si enim nullo tempore pater illius, qui hanc lineam primogeniti repraesentari contendit primogenitus fuit, nec primam causam in successione habuit, vel si illam habuit, ea erat variabilis aliter quam eius morte, nullus ex scribentibus, quo hucvsque vidérimus privilegium eam lineam repraesentandi concessit, non enim potest repraesentare aliquid ex persona illius, qui nullum ius primogeniturae obtinuit:* y todos los Autores del num. 47. y muchos mas que ellos refieren contestan en esto.

Num. 52. A que no se puede oponer, que se representarà aquel dere-

cho

cho, que se le adquiriò con el llamamiento a Luis Pereira, y la posibilidad de suceder: Porque se responde, que la esperança variable, y el derecho incierto no se puede transmitir, l. si ex pluribus, ff. de suis, & leg. l. si operandum iudicio, ff. de operis liber. Dec. conf. 397. num. 8. Menochius conf. 269. num. 70. lib. 3. Bart. in l. post emancipationem, §. illud, ff. de liberatione leg. ibi: *Nota, quod non debet haberi aestimatio illius spei, quod quis potest alteri succedere, & licet appelletur spes, vt in l. fin. in principio, C. de pactis, tamen non est legitima: Ratio est, quia nullum ius est fundatum.*

Para poderse representar, ha de ser derecho fundado, y formado de primogenitura, y si este se adquiriera con el llamamiento, le consideraramos en muchissimas personas, y a vn tiempo pudiera auer muchos primogenitos; que es repugnante a todos los principios de derecho, y reglas comunes de esta materia: y assi lo responde, y defiende el señor Molin. in d. alleg. a num. 143. Flores de Mena in addit. ad Gamam, decis. 308. colum. 3. vers. Mea autem opinio, Auendañ. in l. 40. Tauri glos. 7. n. 7. 8. & 9. & latè Zeuall. lib. 4. quaest. 905. num. 141. & 172. Num. 53.

Luego no le queda a don Francisco derecho que poder representar para esta sucession, porque sino le tuuo su padre, falta el fundamento total de la representacion: y auiendose mostrado que no la ay, no es menester excluirla por voluntad conjeturada de los fundadores, que es lo que prohibe la Ley del Reyno en los casos, que conforme a ella se concede, pero si conforme a ella se ha mostrado, que està negada, no puede quedar duda: Y solo se aduierte, que la Prematica del año de 15. que es la l. 14. tit. 7. lib. 7. solo es declaratoria de la ley de Partida, y de Toro: y se ha de entender de aquellas mesmas representaciones, que las leyes declaradas conceden: Y assi los casos, tiempos, lineas, y personas, han de ser de los contenidos en dichas leyes, en que por conjeturas se queria excluir; Lo qual es tan claro, que lo haze indigno de aduertencia; Pero porque no quede escrupulo. Num. 54.

Excluida la representacion, lo queda la linea, que es el medio por donde obrar: y assi tampoco tiene lugar donde no huuo cabeza con derecho infalible de primogenitura, como fundan los mesmos Autores, que para la representacion se Num. 55.

 han

han citado; De màs de quedar excluida la linea con el nombramiento limitado, y restricto de Luis Pereira, sin que le quede medio a su hijo don Francisco para poderse valer de su persona en esta pretension, en que quiere competir a don Iacinto, que se halla con vn llamamiento claro, literal, y expresso, que se ha de anteponer quando huuiera alguna duda, Alexand.consil.132.column.1.volum.1.Surd.consil.403.n.21.lib.3.Peregrin.articul.21.num.45.Mantic.lib.8.de coniect.tit.9.num.11.Castill.tom.5.cap.92.num.32.

Num.56. Y conduce mucho para el proposito de esta causa la Decision de Granada, que refiere el señor D.Iuã de Larrea tom.2.decis.54. donde en mucho mas apretados terminos se resoluiô, que en el llamamiento de los hijos varones de la hija, no se comprehendia el nieto varon, hijo de hembra: Y estando en la linea del vltimo posseedor le excluyeron, anteponiẽdo al substituto hijo de otra hija, por el expresso llamamiento. Y aunque se alegó la continuacion de la linea, que tiene tanta fuerça, y que prouenia de varon; y que por la naturaleza de los mayorazgos, en la palabra hijos, estauan comprehẽdidos los nietos: Sin embargo por ser el llamamiento expresso, y claro, como el nuestro, se prefirió al de otra linea: y assi dize despues de la decisiõ en el n.13. *Cũ non dubia, & coiectura li, sed expressa substitutione vocaretur, nec poterit elidi ratio; quia sub illa conditione, si filia sine filio masculo decesserit, debeat nepos masculus intelligi, iuxta supradicta num.3. quia id procedit ad sustinendã maioratus successionem, ne deficiat.*

Num.57. En nuestro caso no ay el aprieto de la linea, que en la decision antecedente; Tenemos vn llamamiento claro, y expresso: No se trata de atajar, ni impedir el curso, y perpetuidad del mayorazgo. Tiene de ventaja este, que es hecho del tercio, y quinto, por via de mejora entre los descendientes, conforme a la ley 27.de Toro, en que valiendose los fundadores de la facultad de la ley, para alterarar, llamar, y omitir entre sus descendientes, como quisiessen, lo hizieron con tan particulares, y aduertidas sustituciones, como consta de la clausula; Y en ella el modo que tuuieron para excluir, fue no llamar, y assi se ve en el hermano mayor de D.Francisco, que para que no sucediesse, le dexaron omisso, como se dixo en nuestro primero papel, num.16.

Don

D. Iacinto tiene llamamiẽto expresso: D. Francisco, q̃ le cõpite, està omitido: El omitido, ò excluido, q̃ todo es vno en este caso, no puede cõpetir con el descendiẽte llamado, y sustituido, y solo se le reserua su preferencia para con los ascendientes, y transuersales: Lugar en terminos el de Paz in l. 200. ftylli, donde explicando esta l. 27. de Toro, en el num. 166. dize: *Quo supposito, constanter asserimus filium, vel descendentem omissum, vel exclusum, nullatenus concurrere posse cum descendenti vocato, & substituto, sed solum prælationem habebit inter omnes ascẽdentes, & transversales; non tamen substitutis descendentibus præferendus erit, licet substitutis nominatus, & vocatus esset monachius, vel fœmina, vel furiosus, & exclusus esset masculus, Laicus, & Primogenitus.* Con que por este medio tampoco se puede incluir Don Francisco, antes se le ha excluido, como se ha visto, y se calificarà mas en lo siguiente. Num. 58.

Exclusion de Don Francisco por las conjecturas.

VIendo Don Francisco lo que le resiste la voluntad de los fundadores, recurre a vnas conjeturas tan friuolas, y maliciosas, que sin duda mustran mas clara la justicia de esta parte: Dize, que se halla con ventajas, por ser su linea de varon, y de primogenito mas amado: y q̃ el no auerle llamado los fundadores, fue porque no era nacido. Y no puede dexar de ser contentible, el que no hallando la parte contraria modo de incluirse en llamamiẽto, diga se halla cõ ventajas, pero todas seruiràn de posponerle mas. Num. 59.

El ser de linea de varon no le ayuda en mayorazgo, donde no solo no està excluidas las hebras, sino llamados sus hijos primero que no el, y q̃ con especialidad se quiso socorrer à los de doña Pascua, donde era mas la necessidad: y assi en ellos boluieron à llamar los fundadores, hijos, y descendientes. Y por esto, y el especial llamamiento, se entiende mas amado don Iacinto: Casanate, cum innum. conf. 4. num. 188. Dom. Larrea decis. Granat. 54. num. 26. & 27. Num. 60.

La calidad de ser don Francisco hijo de Luis el mayor, es la que mas haze contra èl, porque se reconoce la poca afeccion que se le tuuo a esta linea, pues siendo la primera, la llamaron despues de los segundos, y terceros: assi Casanate en Num. 61.

cau-

causa igual, d.cons.4.num.199. *Tertio respondeo, imò argumentũ retorqueri, nam Ludouicus quamuis esset primogenitus, tamen fuit vltimo loco vocatus, & sic minus dilectus, l. Publius Meuius, §. final, ff. de condit. & demonstrat. ea forsan ratione, quod alia bona satis opulenta possidebat.*

Num. 62. Y esto, demas de ser tan concluyente, está probado assi en los autos a la quinta pregunta del interrogatorio de don Iacinto, donde dize Francisco Lobato, que el fundador era poco afecto a su hijo Luis Pereira, y que no solo no quiso llamar al vinculo mas de sus hijos, sino que le pesó de auerle llamado a el, y a los tres que expressó, y anduuo haziendo diligencias despues para reuocarlo, y le embiò al testigo con los papeles de la fundacion, y dineros, a que se informasse de Letrados, para ver como podria hazer la reuocaciõ: y q̃ comprouãdo este poco afecto, le contaron al dicho Luis en su legitima partidas muy menudas, y rigurosas. Y esto mesmo consta de la fundacion presentada en los autos, en que se podrà reconocer si es la linea mas amada, y preferida: Y si el llamamiento de los que tuuieron tan poca voluntad de llamar, se estenderia a don Francisco, quando quisieron reuocar los limitados de su padre, y hermanos.

Num. 63. Dezir que don Francisco no era nacido quando se hizo la fundacion, es incierto: y quando fuera assi (que niego) solo se puede inferir que los fundadores tuuieron mas afecto a los nacidos, a quien solamente llamaron, vt ex Domino Molin. Mieres, & alijs multis Robles de repræsentat. lib. 3. cap. 9. n. 25. ibi: *Maior quidem erga natos, quam nascituros affectio testatoris videtur, quãuis in pari gradu nascatur:* Y si huuiera tenido la mesma afeccion a todos los demas hijos, los huuieran llamado por nombre colectiuo, como a los de Iuan, y Manuel, y D. Pascua.

Num. 64. Y por lo menos de la mesma probança del contrario consta q̃ se criò en casa de los fundadores: y auiendo sobreuiuido estos mas de ocho años a la fundacion, conociendo, y viendo todo este tiempo á don Francisco, facil les huuiera sido auerle añadido al llamamiento, ù declarar estaua comprehendido en el, pues sabian la limitacion con que estaua, y que se tenia por excluido a don Francisco, y de no auerlo hecho, se califica llanamente la exclusion, Fusar. de subst. quæst. 393. n. 102. ibi: *Declaratur secundo, in natis post testamentum ante mortem te-*

testatoris, quando testator potuit mutare testamentum, & non mutauit, nam isti non excluderent substitutum, Odd. cons. 97. num. 22. y que tuuiessen tiempo de mudar, o declarar los fundadores, consta de la probança contraria.

Num. 65. Pero todo esto es ocioso, porque don Francisco era nacido quando se hizo la fundacion; y auerse querido arrojar a probar lo contrario, con tantos testigos, y medios, y todo supuesto, es la mayor malicia que se ha intentado en pleyto: pero no permitio la diuina prouidencia que lo consiguiesse, de modo que no manifestasse lo que ello era, sobresaliendo la verdad, que *multorum improbitate depressa emergit, & interclusa respirat*, como dize Cicer. pro Cluent. Yo deseo infinito saber si responden algo los contrarios a tan manifiestas excepciones, como les puse en el papel primero, desde el num. 18. hasta 30. para que lo pudiessen ver; pues, o se han de empeñar en nueuas suposiciones, para la respuesta, ò no han de darme alguna.

Num. 66. La recusacion, y la malignidad con que procedieron los escriuanos, y el juez en aquella probança, no puede ser mas notoria. ¶ La falsedad de los testigos se descubre con euidencia. ¶ El auer viciado don Francisco los autos, cõsta dellos: altero su peticion, mudando su nacimiento, y lo mismo auia hecho en el interrogatorio: añadio en ella pregunta que no auia alegado: y todo, quando no pudo defenderse esta parte. ¶ Ha presẽtado vna certificaciõ falsa de su Bautismo, como lo ha declarado, por miedo de las censuras, el que la dio. Pues quien se ha valido destos medios, q̃ confiança tiene de su justicia? Que duda puede quedar de que en todo lo demas de la probança aya procedido deste modo? vt animaduertunt Æmilius Veral. decis. 54. num. 1. & 2. volum. 3. Ægidius Bellam. decis. 410. num. 1. fol. 89. Alfer. cons. 43. n. 23. volum. 2.

Num. 67. A don Francisco le dixeron que podia encaminar su pretension, probando que no era nacido al tiempo que fundaron sus abuelos: y ha hecho tan esquisitas diligencias para valerse desta suposicion, que ha escandalizado los lugares donde ha hecho su probança, y donde se ha sabido: y si ven se logra vna suposicion como esta, ha de ser incentiuo a injustissimas pretensiones. La gente infima, y vil de aquella tierra, como son los testigos de q̃ se ha valido don Francisco, tienen tanta

facilidad como es notorio, en perjurarse, y el vnico medio para escusarlo es, ver que no aprouechan sus deposiciones, pues con esso no aurá quien se valga dellas, que castigarlos es sin fruto, y siempre que aya ocasion lo han de executar, pues como dize Iubenal,

Vt naturam expellas furcam tamen vsque recurres.

Num. 68. La parte contraria no ha probado algo, mas de que no tie de fundamento, pues recurre á los falsos: y esta congetura de que se vale se bueluе contra el, como las otras; y para calificarla mas, tiene probado cócluyentemente don Iacinto, con testigos mayores de toda excepcion, que era nacido don Frãcisco quando se hizo la fundacion, y q̃ estaua en casa de los fundadores, como se dixo en el primero papel, num. 31. Y se comprueba mas, el que la omision de no auerle llamado, teniendole presente, exclusion clara, è infalible, como se fundô en el otro papel á num. 35. & 36.

Num. 69. Los fundadores hizieron estos llamamientos con particular prouidencia, nombrando todos los descendientes de algunos hijos, a quien quisieron socorrer mas, y por contentar a todos llamaron a otros, aunque con limitacion; y asi fueron haziendo transito de vnas lineas a otras, cortando los llamamientos en algunas, como se ve, y se ha fundado: Demas de que esto se prueba claramente por don Iacinto en los autos, donde dize el Doctor Barcero, Abogado, que con el consultaron los fundadores la disposicion, y le declararon su voluntad, q̃ fue de contentar todos sus hijos, y passar para ello de vnas lineas a otras, conforme está la clausula: con que quando tuuiera alguna duda, sacaua della este dicho, que haze cõstar de la voluntad, l. si seruus plurium, §. fin. de leg. 1. Bart. in l. 3. de liber. & posth. Afflict. decis. 44. n. 27. Cephal. cons. 312. n. 114. lib. 3. Magon. decis. 46. num. 25. & 26. Mandel. cons. 529. n. 5.

Num. 70. Y esto mesmo se vê practicado en el llamamiento de su hijo de Doña Maria Pereira, hija de los fundadores, pues teniendo ocho hijos viuos, y notorios a los fundadores, como está prouado, y consta del arbol casa 13. 14. & 15. solo llamaron a Don Pedro hijo segundo, y dexaron los otros seis sin llamamiento, omitidos, como a D. Francisco: pues quando para reconocer la clausula de los llamamientos de Luis Pereira,

reira, y sus tres hijos no huuiera lo literal que se ha fundado, ni comprobacion de la voluntad de los fundadores, de que depone el Doctor Parcero, era bastante ver la obseruacion desta clausula para entender la otra, que es el mejor modo de interpretar, Tiber. Decian. volum. 3. respons. 74. nu. 44. Peregr. artic. 25. n. 30. & 31. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 9. n. 3. Casan. cons. 47. n. 44. & 51. D. Larr. decis. Gran. 53. n. 10. & decis. 54. n. 6.

Con que hallamos excluido à D. Francisco por su persona, y por la de su padre, sin que se pueda comprehender en aquel llamamiento, ni ayudarse de la disposicion legal, y mucho menos de las conjeturas, pues las de la voluntad de los fundadores estàn todas contra èl, y las del derecho, quando las huuiera, se hallan resistidas de vn llamamiento expresso como el de Don Iacinto, à quien no se puede oponer la parte contraria con presunciones fundadas en lo mental del derecho, retorciendo la l. cum avus, desquiciando la l. cum acutissimi, y estirando la naturaleza de los mayorazgos, adonde no alcança, sin acordarse de la voluntad de los fundadores que excluye lo tacito que pretende D. Francisco, con que no le compete el remedio de tenuta, Paz en el Tratado que hizo della cap. 29. n. 6. & 7. Y en el n. 35. dize: *Nec quidquam obsit, quod de substitutione tacita diximus, quæ expressè vires, & effectus non habet: debet enim intelligi quando est ficta, & interpretatiua, quæ procedit solum de mente iuris, & per interpretatione extensiuã, & hæc tacita substitutio non idem operatur, quod expreßa, l. vlt. C. de inst. & subst.* Num. 71.

De que resulta clara la justicia de D. Iacinto, para obtener en esta pretension, como lo espera. Salua in omnibus, &c. Num. 72.

Licenc. Don Pablo
Antonio Suarez.

reita, y sus tres hijos no huuiera lo literal que se ha fundado, ni comprobacion de la voluntad de los fundadores, de que depone el Doctor Parcero, era bastante ver la obscuridad desta clausula para entender la otra, que es el mejor modo de interpretar, Tiber. Decian. volum. 3. consil. 5. num. 44. Peregr. artic. 25. n. 30. & 31. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 9. n. 3. Castan. consil. 47. n. 44. & 51. D. Larrea decis. Gran. 53. n. 10. & decis. 54. n. 6.

Num. 71. Con que hallamos excluido a D. Francisco por su persona, y por la de su padre, sin que le pueda comprehender en aquel llamamiento, ni ayudarse de la disposicion legal, y mucho menos de las conjeturas, pues las de la voluntad de los fundadores estan todas contra el, y las del derecho, quando las huuiera, se hallan resistidas de vn llamamiento expresso como el de Don Iacinto, a quien no se puede oponer la parte contraria con presunciones fundadas en lo mental del derecho, retorciendo la l. cum avus, ó significando la l. cum acutissimi, y alterando la naturaleza de los mayorazgos, adonde no alcança, sin acordarse de la voluntad de los fundadores que excluye lo tacito que pretende D. Francisco, con que no le compete el remedio de tenuta, Paz en el Tratado que hizo della cap. 29. n. 6. & 7. Y en el n. 35. dize: *Nec quidquam obstat, quod de substitutione tacita diximus, quae expressae vires, & effectus non habet: debet enim intelligi quando est facta, & interpretatiua, quae procedit solum de mente tacita, & per interpretatione extensiua, & haec tacita substitutio non idem operatur, quod expressa, l. vlt. C. de impu. & subst.*

Num. 72. De que resulta clara la justicia de D. Iacinto, para obtener en esta pretension, como lo espera. Salua in omnibus, &c.

Licenc. Don Pablo Antonio Suarez.